

WYROK

z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 16 stycznia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy-miasto Grudziądz. (nr postępowania GSO.271.1.2019) prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Grudziądz

przy udziale wykonawcy: Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie aukcji elektronicznej, przy czym jej przeprowadzenie nie może być powierzone Grudziądzkiemu Parkowi Przemysłowemu sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, którego jeden z urzędujących członków zarządu pełni również taką funkcję w Miejskich Wodociągach i Oczyszczalni sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Grudziądzu.

Zamawiający Gmina Miasto Grudziądz prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy-miasto Grudziądz. (nr postępowania GSO.271.1.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 października 2019 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_205 pod poz. 499558.

Wartość tego zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 stycznia 2020 r. Zamawiający zaprosił wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu do aukcji elektronicznej

16 stycznia 2020 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” sp. z o.o.

{dalej również: „PUM”} z siedzibą w Grudziądzu wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powierzenia przeprowadzenia aukcji elektronicznej podmiotowi wskazanemu w zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 7 ust. 2 - przez prowadzenie postępowania, tj. aukcji elektronicznej przez podmiot (Grudziądzki Park Przemysłowy, w skrócie: „GPP”), w którym urzędującym członkiem zarządu jest ta sama osoba - J. J. B., która jest jednocześnie wiceprezesem (od stycznia 2020) w podmiocie zaproszonym do udziału w aukcji (Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia, w skrócie: „MWiO”), nad którym 100% nadzór sprawuje Zamawiający (Gmina Miasto Grudziądz).
2. Art. 17 ust. 1 pkt 4 - przez pozostawanie przedstawiciela wykonawcy i podmiotu prowadzącego aukcję oraz Zamawiającego w takim stosunku zależności, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności i obiektywności postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zniesienia zaplanowanej na 17 stycznia 2020 r aukcji elektronicznej lub z ostrożności, na wypadek niezniesienia terminu przez Zamawiającego - unieważnienia aukcji elektronicznej.
2. Odstąpienia od aukcji elektronicznej, a ponieważ jest ona nierozzerwalnie złączona z całością postępowania - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{okoliczności dotyczące dotychczasowego przebiegu postępowania}

Zamawiający przewidział w SIWZ tzw. dogrywkę cenową w formie aukcji elektronicznej wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z opisu zawartego w rozdziale XIX SIWZ wynikają kryteria oraz sposób prowadzenia aukcji elektronicznej, w szczególności (poza wymaganiami technicznymi):

- 1) minimalne postąpienie 10 tys. zł,
- 2) kryterium oceny ofert jest cena brutto wykonania całości zamówienia w danym zadaniu,
- 3) elementem, którego wartość będzie przedmiotem aukcji elektronicznej, jest w 100%

cena, a kryterium podejmowania działań lub wymiany nie podlega aukcji,

- 4) aukcja odbywać się będzie wg reguły zniżkowej licytacji, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona niższa od oferty najniższej cenowo w danym momencie aukcji,
- 5) postąpienia składane w toku aukcji będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji, zgodnie ze wzorem określonym w SIWZ,
- 6) Zamawiający uzna za najkorzystniejszą ofertę, która uzyskała najwyższą ilość punktów,
- 7) aukcja zostanie przeprowadzona na stronie: .

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: 1) PUM - na wszystkie 5 zadań, 2) Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o. - na 4 zadania (z wyjątkiem zadania nr 3), 3) WPO ALBA sp. z o.o. - na wszystkie zadania, 4) P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. - na zadania nr I, II, V.

13 stycznia 2020 r. PUM został powiadomiony o wyznaczeniu na 17 stycznia 2020 r. aukcji elektronicznej. W zaproszeniu określono czas aukcji, godziny prowadzenia aukcji dla poszczególnych zadań oraz wskazano uczestników aukcji.

W toku postępowania ujawniono, że urzędującym członkiem zarządu GPP jest p. J. J.-B., która została powołana na stanowisko prezesa zarządu przez Prezydenta Grudziądza. Ta sama osoba decyzją Prezydenta Grudziądza została powołana na stanowisko urzędującego członka zarządu jednego z oferentów przedmiotowego postępowania, Miejskich Wodociągów i Oczyszczalni sp. z o.o.

{uzasadnienie prawne zarzutów}

Odwołujący podniósł, że najistotniejsza część całego przetargu, prowadząca wprost

do wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzona zostanie przez podległą w 100% Zamawiającemu GPP. W aukcji elektronicznej jedną z zasad jest to, że składający postąpienie nie wie i nie widzi tego, kto złożył postąpienie, natomiast prowadzący aukcję

może mieć dostęp do takich informacji, co w sposób bezpośredni może wpływać na zachowanie innego oferenta - MWiO. Prowadzący aukcję posiadając moduł administratora,

może moderować przebieg aukcji, ustalając warunki, terminy, czas trwania...

Odwołujący zarzucił, że w skarżonej przez niego czynności postępowania przetargowego zachodzi istotny i niedający się usunąć konflikt interesów, gdyż Gmina Miasto Grudziądz (Zamawiający), 100% wspólnik spółek GPP i MWiO, prowadzący aukcję elektroniczną (GPP) oraz jeden z oferentów zaproszony do aukcji (MWiO) są powiązani

osobowo i kapitałowo, tworząc {jak to określił Odwołujący} Nadzwyczajny układ, który już na

pierwszy rzut oka budzi najpoważniejsze zastrzeżenia co do równego traktowania pozostałych podmiotów (w tym PUM) i bezstronności oraz rzetelnego prowadzenia dalszego

etapu postępowania.

Odwołujący wywiódł, że zasada obiektywizmu i bezstronności, wyrażona w art. 7 ust.

2 pzp w systemie zamówień publicznych jest, obok zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uznawana za jedną z podstawowych reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 7 ust. 2 pzp wskazuje, że wszelkie czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być wykonywane przez osoby, które w toku tych czynności zapewniają bezstronność i obiektywizm. W świetle przepisów ustawy pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą wykonywać zatem wyłącznie osoby, których uczestnictwo w procedurze udzielenia zamówienia nie powoduje powstawania konfliktu interesów. Pojęcie to zdefiniowane zostało w art. 24 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W myśl tego przepisu pod pojęciem konfliktu interesów należy rozumieć każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień, działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub

mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia (por. „Nowe podejście do badania konfliktu interesów”,).

Odwołujący dodał za Urzędem Zamówień Publicznych, że na gruncie znowelizowanych przepisów ustawy pzp zasada bezstronności i obiektywizmu wyrażona dyspozycją art. 7 ust. 2 pzp realizowana jest w dwojaki sposób. Tak jak dotychczas, konflikt interesów badany jest po stronie zamawiającego zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 17 ust. 1 pzp, tj. w odniesieniu do osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym zakres podmiotowy tej weryfikacji został rozszerzony o pracowników zamawiającego lub inne osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej. Jednocześnie przepisy ustawy pzp wprowadziły w art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp dodatkową, fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na wystąpienie konfliktu interesów.

Zdaniem Odwołującego nie ma możliwości wyłączenia wspomnianej osoby z postępowania po jakiegokolwiek stronie (prowadzącego aukcję czy też oferenta), gdyż nie jest ona zwykłym pracownikiem organu, ale urzędującym członkiem zarządu. Natomiast każdy inny pracownik (zarówno MWiO, jak i GPP) z racji na podległość służbową, organizacyjnie są związani strategią przedsiębiorstwa określaną przez urzędujących członków zarządu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 27 stycznia 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób ustosunkowując się do zarzutów odwołania.

Zamawiający oświadczył, że nie kwestionuje stanu faktycznego przedstawionego w treści Odwołania, jednakże przeprowadzone przez Odwołującego wnioskowanie jest nieprawidłowe, zaś zaprezentowane twierdzenia są nieuzasadnione.

Zdaniem Zamawiającego argumentacja przedstawiona przez Odwołującego stanowi jedynie jego subiektywne przeświadczenie o wystąpieniu rzekomych nieprawidłowości w toku postępowania o udzielenie tego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnej

okoliczności faktycznej, która uzasadniałaby powzięte przez niego wątpliwości i mogłaby stanowić podstawę do unieważnienia aukcji elektronicznej. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 50/17: Nie każde pozostawanie osoby wykonującej czynności w postępowaniu z wykonawcą w bliskich relacjach, skutkuje wyłączeniem z postępowania tej osoby na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz uznaniem, że została naruszona określona w art. 7 ust. 2 zasada obiektywizmu i bezstronności. Przesłanka zawarta w art. 17 ust. 1 pkt 4 p.z.p. ma charakter ocenny. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 p.z.p. należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi między osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą i wpływem tych relacji na sytuację prawną innych wykonawców w postępowaniu, a także na wynik postępowania. Nie wystarczy subiektywne przekonanie o wystąpieniu przesłanki wpływu na wynik postępowania, z art. 17 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wynika bowiem, że nie wystarczą same wątpliwości. Wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz wykonawcy muszą być uzasadnione i wykazane {w piśmie podkreślono trzecie i ostatnie zdanie}.

Zamawiający uznał, że warto przytoczyć również treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1037/11, w którym wskazano, że (...) wpływ naruszeń przepisów ustawy, dokonania czynności w postępowaniu przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu, na wynik postępowania nie może mieć czysto spekulatywnego charakteru, lecz musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych - wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania {w piśmie podkreślono drugą połowę pierwszego zdania}.

Tymczasem według Zamawiającego działalność Grudziądzkiego Parku Przemysłowego w tym postępowaniu polegała wyłącznie na czynnościach pomocniczych, polegających na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych dzięki zapewnieniu infrastruktury technicznej umożliwiającej Zamawiającemu udzielanie zamówienia oraz administrowaniu oprogramowaniem służącym do przeprowadzenia aukcji. Przedmiotowe czynności mogły być wykonane wyłącznie przez pracowników tej spółki i nie mogły wpłynąć

w żaden sposób na wynik postępowania.

Zamawiający zauważył, że informacje, które zdaniem Odwołującego mogą być moderowane przez prowadzącego aukcję, tj. jej warunki, terminy oraz czas trwania, są w rzeczywistości ustalane wcześniej i przekazywane w treści zaproszenia, co wynika z art. 91b ust. 2 pzp. Przede wszystkim jest tam podany sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej (art. 91b ust. 2 pkt 5 pzp), a także formuła matematyczna, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości (art. 91b ust. 2 pkt 6 pzp). Zatem przebieg aukcji następuje w sposób automatyczny, według znanego każdemu przystępującemu algorytmu. Zamawiający stwierdził, że nie są mu znane żadne techniczne rozwiązania, których zastosowanie przez administratora oprogramowania wpłynęłoby bezpośrednio na ostateczne wyniki aukcji elektronicznej wbrew ustalonym wcześniej zasadom. Takie sposoby nie zostały również przedstawione przez Odwołującego.

Zamawiający dodał, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą p. J. J.-B. nie podejmowała osobiście żadnych czynności związanych z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej w tym postępowaniu. Co więcej, Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, które pozwalałyby postawić przeciwne twierdzenie.

Zamawiający poinformował również, że w toku przeprowadzonej 17 stycznia 2020 r. aukcji internetowej nie wystąpiły żadne przeszkody techniczne ani żadne wydarzenia wpływające negatywnie na jej przebieg.

Zamawiający podał, że dokonano następującego wyboru ofert:

- zadanie I i IV - Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. z siedzibą we Wrocławiu;
- zadanie II - Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu,
- zadanie III i V - Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu;

Według Odwołującego taki wynik (Odwołujący wygrywa w 2 częściach zamówienia, a Przystępujący tylko w 1) jednoznacznie wskazuje, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób transparentny i obiektywny, zaś wszelkie wątpliwości wyrażane w przez Odwołującego miały charakter jedynie subiektywny i abstrakcyjny.

W piśmie z 27 stycznia 2020 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W ocenie Przystępującego zarzuty podnoszone przez Odwołującego mają charakter ogólny i nieprecyzyjny, a także są pozbawione przynajmniej uprawdopodobnienia okoliczności i zdarzeń, które miałyby sugerować niezachowanie bezstronności i obiektywizmu przez podmioty biorące udział w omawianym postępowaniu, a w szczególności przez panią J. J.-B. . Z samego faktu powiązań osobowych pomiędzy Przystępującym a podmiotem przeprowadzającym aukcję elektroniczną nie można czynić zasadnego zarzutu naruszenia zasady bezstronności i obiektywizmu.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W ocenie Przystępującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 2 pzp jest całkowicie chybiony z następujących powodów.

Ustawodawca, określając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu w art. 7 ust. 1 pzp, odnosi je do zamawiającego przygotowującego i przeprowadzającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a w ust. 2 ww. artykułu stwierdza, że czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem tego postępowania wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Odwołujący podkreślił, wskazana w odwołaniu członkini zarządu obu spółek (tj. GPP sp. z o.o. oraz MWiO sp. z o.o.), która nie jest przedstawicielem Zamawiającego, na żadnym etapie nie brała osobistego udziału w przygotowaniu i przeprowadzeniu tego postępowania ani nie miała jakiegokolwiek wpływu na sposób jego przygotowania i przeprowadzenia.

Ponadto prawidłowa wykładania art. 7 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że czynnościami w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia są w szczególności czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, odrzuceniem oferty, wykluczeniem wykonawcy, oceną spełnienia przez wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu, badania ofert, aż do chwili udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym omawiana regulacja dotyczy czynności istotnych, które odnoszą się do kwestii oceny dopuszczalności udziału danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konsekwencji według Odwołującego w przypadku czynności mających wyłącznie charakter techniczno-organizacyjny (np. aukcja elektroniczna), które nie wpływają na możliwość i zakres udziału wykonawcy w postępowaniu, jak również nie wpływają na wybór oferty, nie jest wymagane badanie i zachowanie bezwzględnej bezstronności

1 obiektywizmu podmiotu wykonującego takie czynności i osób działających w jego imieniu.

W przedmiotowym postępowaniu wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w konsekwencji przeprowadzonej aukcji elektronicznej, która zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale XIX SIWZ była dopełnieniem uprzedniej oceny ofert złożonych w ramach przetargu nieograniczonego. Aukcja ta ze swej istoty miała charakter ściśle sformalizowany, a wykonawcy brali w niej udział w tym samym czasie, poprzez składanie postąpień, za pomocą formularza znajdującego się na stronie internetowej, opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym wykonawcy (art. 91c ust. 1 pzp). W trakcie trwania aukcji składane przez wykonawców postąpienia były widoczne w czasie rzeczywistym z podaniem punktacji najkorzystniejszej oferty i informacji o pozycji oferty danego wykonawcy, przy czym dane wykonawcy składającego najkorzystniejszą w danym momencie ofertę, nie były widoczne dla pozostałych uczestników. Równocześnie zasady według, których następowała ocena składanych w czasie aukcji ofert, były jawne i znane wykonawcom przed rozpoczęciem aukcji, gdyż wynikały one z rozdziału XIX SIWZ, a sama ocena i pozycjonowanie tych ofert była dokonywana automatycznie przez program, bez możliwości ingerencji osoby technicznie nadzorującej w danym dniu przebieg aukcji.

Dlatego też w ocenie Przystępującego przeprowadzenie aukcji elektronicznej w tym stanie faktycznym miało charakter wyłącznie techniczno-organizacyjny. Organizator aukcji wykonuje usługę na rzecz Zamawiającego, polegającą na tym, że konfiguruje aukcję w systemie zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przed startem aukcji, a wszystkie parametry aukcji są opisane w zaproszeniu do aukcji, które wykonawcy otrzymują minimum

2 dni przed aukcją. W trakcie trwania aukcji nie można dokonać żadnych modyfikacji jej parametrów. Podczas aukcji administrator nie wykonuje żadnych czynności, tylko obserwuje aukcję. Podsumowując, jako administrator prowadzący aukcję GPP sp. z o.o. nie ma żadnego wpływu na to, co się dzieje podczas aukcji, czyli na jej przebieg.

Zdaniem Przystępującego powyższe potwierdza m.in. wynik aukcji: Przystępujący wygrał wyłącznie w jednym zadaniu o najniższej wartości zamówienia (nr II), a Odwołujący wygrał w dwóch zadaniach (nr III i V), zaś następne dwa zadania (I i IV) przypadły spółce ALBA S.A., która cofnęła odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 86/2020.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący zwrócił uwagę, że ustawodawca zarówno w treści pzp, jak również innych ustaw szczególnych regulujących zasady udzielania zamówień publicznych, np.

ustawy z dn. 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. 2011 nr 5 poz.

13 ze zm.), nie wprowadza zakazu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego wykonawców z większościowym udziałem jednostki samorządu terytorialnego, który to udział umożliwia tej jednostce dokonywanie wyboru władz tego podmiotu i określania jego przedmiotu działalności. Co więcej, ustawodawca przewiduje, że takim podmiotom, po

spełnieniu określonych przesłanek, możliwe jest bezpośrednie udzielenie zamówienia,

tj. z pominięciem trybów konkurencyjnych, m.in. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp.

W konsekwencji, skoro ustawodawca dopuszcza udzielenie zamówienia z pominięciem

trybów konkurencyjnych, tym bardziej udział podmiotów z udziałem jednostki samorządu terytorialnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeprowadzanym w ramach trybów konkurencyjnych, jak np. przetarg nieograniczony, uznać należy za dopuszczalny i niebudzący wątpliwości. Tym samym fakt powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy

zamawiającym a wykonawcą nie uzasadnia wykluczenia bądź wyłączenia wykonawcy

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 pzp, jak i naruszenia zasad bezstronności i obiektywizmu wynikających z art. 7 ust. 2 pzp.

Zdaniem Przystępującego powiązania istniejące pomiędzy gminą-miastem Grudziądz (Zamawiający) a Przystępującym (MWiO sp. z o.o.) i przeprowadzającym aukcję elektroniczną (GPP sp. z o.o.) nie odbiegają od powszechnie istniejących rozwiązań występujących w obrocie gospodarczym, gdyż nie jest rzeczą niespotykaną, zlecenie wykonywania zadań własnych gminy za pomocą spółek przez nią kontrolowanych. Dlatego też, skoro Zamawiający nie zdecydował się na bezpośrednie udzielenie zamówienia na rzecz spółki komunalnej, jaką jest MWiO Sp. z o.o., do czego był uprawniony, bez względu na istniejące powiązania, udział Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu był dopuszczalny. Ponieważ przewidziany przez Zamawiającego tryb udzielenia zamówienia, tj. przetarg nieograniczony wraz z uzupełniającym przeprowadzeniem aukcji elektronicznej gwarantuje zachowanie konkurencyjności pomiędzy podmiotami działającymi na rynku i biorącymi udział w tym postępowaniu, tym samym bezzasadny jest zarzut niezachowania bezstronności w niniejszym postępowaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż przeprowadzenie aukcji może budzić wątpliwości co do jej prawidłowości, a tym samym wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Przeprowadzenie aukcji elektronicznej w imieniu i na rzecz Miasta Grudziądz przez spółkę, w której posiada ono 100% udziału, należy poczytywać za powierzenie pełnomocnikowi Zamawiającego (zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 pzp) przeprowadzenia w tym zakresie pomocniczych działań zakupowych w rozumieniu art. 15 ust. 4 pzp.

Aukcja elektroniczna, uregulowana w art. 91a-art.91e rozdziału 4 „Wybór najkorzystniejszej oferty” ustawy pzp, jest czynnością, która ma decydujące znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, skoro jest przeprowadzana w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, który z kolei jest dokonywany z uwzględnieniem jej wyników (co wprost wynika z art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91 d ust. 2 pzp).

Powierzenie przez Zamawiającego przeprowadzenia aukcji elektronicznej Grudziądzkiemu Parkowi Przemysłowemu sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, w której to spółce urzędującym członkiem zarządu jest J. J. B., która jest jednocześnie wiceprezesem w spółce Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, będącą jednym z wykonawców zaproszonych do udziału w tej aukcji, spowodowało powstanie sytuacji konfliktu interesów, która została zdefiniowana w przepisach prawa unijnego dotyczących zamówień publicznych.

Według art. 24 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych {dalej również w skrócie: „dyrektywa 20

pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Urzędującego członka zarządu spółki przeprowadzającej w imieniu Zamawiającego aukcję elektroniczną należy zaliczyć do osób, które mogą wpłynąć na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie skoro osoba ta jest urzędującym członkiem zarządu innej spółki, która jako wykonawca ma uczestniczyć w tej aukcji w celu uzyskania tego zamówienia, zachodzi sytuacja, która może być postrzegana jako zagrażająca bezstronności (rozumianej jako wykonywanie działań służbowych bez osobistych preferencji dla któregośkolwiek z wykonawców) i niezależności (rozumianej jako brak powiązań i innych relacji z wykonawcami mogących wpływać na podejmowane działania) w związku z tym postępowaniem o udzielenie zamówienia nie tylko tej osoby fizycznej, ale i osoby prawnej, którą reprezentuje.

Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający nie podjął w związku z powyższym konfliktem interesów żadnych działań, wręcz przeciwnie, pomimo zwrócenia uwagi na jego istnienie, aukcja została w jego imieniu przeprowadzona przez Grudziądzki Park Przemysłowy sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie, w jakim Odwołujący domaga się unieważnienia aukcji przeprowadzonej pomimo zaistnienia powyżej ustalonego konfliktu interesów.

W art. 7 ustawy pzp uregulowano podstawowe zasady udzielenia zamówień, które nakazują zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (ust. 1), a także zapewnienie, aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Niezależnie bowiem od tego, czy zamawiający skorzysta z uregulowanej w art. 15 ust. 2 pzp możliwości powierzenia pomocniczych działań zakupowych własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (co, jak wynika z art. 15 ust. 4 pkt 3 pzp, może oznaczać przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego), są one z mocy art. 15 ust. 3 pzp uważane za pełnomocników zamawiającego, a zatem nie zmienia to wyrażonej w art. 15 ust. 1 pzp zasady, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.

W pierwszym zdaniu art. 24 dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że „instytucje zamawiające powinny wykorzystywać wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia wynikającym z konfliktów interesów. Mogłoby to obejmować procedury służące rozpoznawaniu konfliktów interesów, zapobieganiu im i ich rozwiązywaniu (motyw 16 dyrektywy 2014/24/UE).

Niewątpliwie temu celowi służy instytucja wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub osób mających bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, o której mowa w art. 17 pzp, którą jednak trudno uznać za wystarczającą w okolicznościach tej sprawy, jak i instytucja wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 3 pzp (Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę,

jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do

reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 z: a) zamawiającym, b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego, c) członkami komisji przetargowej, d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a - chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;), który to przepis pozostaje poza granicami rozpoznania sporu w tej sprawie.

Natomiast niewątpliwie możliwe jest wyeliminowanie zaistniałego konfliktu interesów przez powtórzenie aukcji za pomocą innej platformy, która nie będzie mogła być postrzegana jako budząca wątpliwości z uwagi na konflikt interesów pomiędzy jej operatorem a wykonawcą ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia. W przekonaniu Izby nie stoi temu na przeszkodzie, że nie została ona wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro zmiana w tym zakresie stała się konieczna dla usunięcia konfliktu interesów objętego zarzutami odwołania.

Jak to orzekł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „Trybunał”} w wyroku z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 eVigilo {jeszcze w oparciu o poprzednio obowiązujące dyrektywy dotyczące zamówień publicznych}: Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. oraz art. 2, art. 44 ust. 1 i art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi powinny być interpretowane w ten sposób, iż co do zasady nie stoją one na przeszkodzie, temu by niezgodność z prawem oceny ofert złożonych przez oferentów była stwierdzana jedynie w oparciu o znaczące powiązania zwycięskiego oferenta z biegłymi powołanymi przez instytucję zamawiającą do oceny ofert. Instytucja zamawiająca jest, w każdym wypadku, zobowiązana sprawdzić, czy istnieje ewentualny konflikt interesów i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstania takiego konfliktu, wykrycia go lub zaradzenia mu. W ramach badania odwołania w przedmiocie unieważnienia decyzji w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z powodu stronniczości biegłych, nie można wymagać, by oferent, którego oferta została odrzucona wykazał w konkretny sposób, że biegli byli stronniczy. Na gruncie prawa krajowego należy, co do zasady, określić, czy i w jakim zakresie właściwe organy nadzoru administracyjnego i właściwe organy kontroli sądowej powinny rozważyć wpływ ewentualnej stronniczości biegłych na decyzję dotyczącą zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Jednocześnie z uzasadnienia orzeczenia w powyższym zakresie wynika również, że według Trybunału z uwagi na wymaganie aktywnej roli zamawiającego w zapobieżeniu lub wykryciu i eliminacji konfliktu interesu nie byłoby właściwe, aby nakładać na zainteresowanych wykonawców ciężar udowodnienia zaistnienia konkretnego przykładu stronniczości. Zdaniem Trybunału rozwiązanie takie byłoby również sprzeczne z zasadą skuteczności oraz wymogiem zapewnienia skutecznego odwołania, gdyż w szczególności oferent nie ma zazwyczaj dostępu do informacji i dowodów, które pozwoliłyby mu wykazać taką stronniczość {por. w szczególności pkt 43 wyroku}.

Zdaniem Izby podobnie w tej sprawie obiektywnie rzecz biorąc, ani nie można było wymagać od Odwołującego, aby wykazał konkretne nieprawidłowości, ani nie ma znaczenia, czy i w jakim zakresie wygrał przeprowadzoną pomimo wniesienia odwołania aukcję, gdyż postawiony zarzut dotyczy podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, bezstronny i obiektywny, co do których przestrzegania nie powinno być cienia wątpliwości.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego - zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia - zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.